



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 / 1 9 9 4

La Laguna, a 27 de julio de 1994.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a favor de J.Q.T., por la obra de "Acondicionamiento y Pavimentación del Camino Gavacho y Tamal de Yaco" (EXP. 45/1994 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

A consulta preceptiva del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, se interesa de este Organismo su parecer en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el expediente de indemnización por daños referenciado en el encabezado, de conformidad con la legislación de aplicación, constituida, fundamentalmente, por la Ley 4/84, de 6 de julio, de este Consejo; la Ley Orgánica 3/80, de 23 de abril, del Consejo de Estado, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración de Estado y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y, finalmente, por el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP).

II

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen concluye un procedimiento, iniciado el 21 de diciembre de 1993, mediante escrito que J.Q.T. presentó ante la Consejería de Agricultura y Pesca del Gobierno de Canarias, solicitando indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad

* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Plata Medina.

Autónoma de Canarias, al amparo de lo dispuesto en los arts. 120 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo, por los daños ocasionados en el patrimonio del reclamante por las obras de acondicionamiento y pavimentación del camino Gavancho y Tamal de Yaco, en el término municipal de Granadilla de Abona.

La naturaleza de dicha Propuesta de Resolución determina la competencia del Consejo Consultivo para emitir el presente Dictamen y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno para recabarlo, según resulta, para la primera, del art. 10.6 de la Ley 4/84, en relación con los arts. 22.13 del la Ley Orgánica del Consejo de Estado y 12 RPAPRP; y, para la segunda, del art. 11.1 de la Ley constitutiva de este Consejo.

La fecha de iniciación del procedimiento -21 de diciembre de 1993- determina que su tramitación se regule por los artículos 139 y ss. de la LRJAP-PAC y el Decreto 429/93, ya que este es el Derecho procedimental aplicable según las disposiciones adicional 3ª y transitoria 2ª de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, citada) y el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, y no la Ley de Procedimiento Administrativo en la que el reclamante fundamenta su pretensión indemnizatoria.

La legitimación del reclamante, como titular de la finca que sufrió los daños antes referenciados (parcela 311, del polígono 12 del Catastro), resulta de la escritura de partición, de 28 de enero de 1972, que adjunta -según manifiesta- al escrito de reclamación, aunque no obra tal documento público entre los que constituyen el expediente remitido, desconociéndose si el mismo ha sido extraviado o si, por el contrario, no fue adjuntado en su día al escrito de reclamación interpuesto. En cualquier caso, la legitimación del reclamante no ha sido cuestionada en ningún momento por la Administración, sin que la Propuesta de Orden sometida a la consideración de este Consejo contenga en su parte expositiva referencia alguna a la misma. Por ello, de proceder la indemnización por deducirse que el reclamante ha sufrido en su patrimonio personal un menoscabo que no tiene el deber jurídico de soportar, debe requerirse la aportación del expresado documento acreditativo de la titularidad de la finca que sufrió el daño, a los efectos de acreditar que el mismo es el reclamante que inició el procedimiento indemnizatorio; todo ello de conformidad

con lo que resulta del art. 31.1.a) de la LRJAP-PAC, en relación con los arts. 106.2 de la CE y 139 de la ya citada LRJAP-PAC.

En relación con lo expresado, del escrito de reclamación se deduce que fue una finca la dañada, finca que se identifica catastralmente. Sin embargo, en la diligencia de inspección ocular realizada por la Guardia Civil se expresa que "en la segunda finca" se rompieron 11 parras y "en la finca que la sigue" hay 14 parras arrancadas, desconociéndose si son parcelas integrantes de una misma finca propiedad del reclamante o si, por el contrario, son fincas individualizadas, debiendo por ello acreditarse, mediante el pertinente documento público, la relación dominical existente entre el reclamante y las mismas.

El órgano competente para dictar la Orden propuesta es el Consejero de Agricultura y Pesca (arts. 27.2 y 29 de la Ley 14/90 y 49.1 Ley 7/84, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma), y la forma de Orden departamental es la que impone el art. 42 de la Ley 1/83, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La titularidad del servicio público en el seno del cual se produce el daño corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, conforme a los arts. 29.3 y 13 del Estatuto de Autonomía, 2 de la Ley 2/89, de 15 de febrero, de Carreteras de Canarias (LCC) y al RD 2.125/84, de 1 de agosto, de traspaso de funciones y servicios en materia de carreteras a la Comunidad Autónoma, sin que esa titularidad haya sido alterada (art. 2 LCC y disposición transitoria primera de la Ley 14/90, de 21 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC) por la transferencia a los Cabildos Insulares en materia de carreteras -Decreto 65/88, de 12 de abril y disposición adicional 1ª.k) LRJAPC- pues no ha tenido efectividad (disposiciones transitoria 3ª LRJAPC y adicional del Decreto 65/88); y, especialmente, el 1.937/85, de 9 de octubre, de traspasos en materia de reforma y desarrollo agrario.

Dicho esto, debe significarse que aunque la titularidad de la carretera donde ocurrió el siniestro parece ser de la Comunidad Autónoma de Canarias, no obra en las actuaciones certificado del Servicio de carreteras justificativo de que el punto exacto donde ocurrió el siniestro corresponde indubitadamente a una zona integrante del dominio público viario autonómico; diligencia que serviría en fase administrativa para

delimitar con corrección y exactitud la imputación subjetiva de la responsabilidad que hubiere lugar, máxime cuando, como resulta del expediente, las obras a que se contrae el contrato de referencia requirieron la puesta a disposición de la Consejería de Agricultura y Pesca por parte del Ayuntamiento de Granadilla de Abona de "los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto", sin que conste el alcance de esa puesta a disposición ni si la misma interesaba de alguna forma a la titularidad de la vía pública objeto del contrato de obras señalado.

III

En relación con el servicio público causante de los daños producidos, la Propuesta de Orden culminatoria del expediente asume indubitadamente que aquéllos fueron producto del funcionamiento de un servicio público autonómico, al acontecer el evento "dentro de la esfera de ejecución de la obra", con lo cual la Administración debió prever en la realización de la obra la calidad del muro, y al no haber actuado con la debida diligencia, surge la responsabilidad de la Administración. No podemos compartir la Orden que se propone en cuanto a la imputación del hecho dañoso y, por extensión, de la responsabilidad a que haya lugar, pues, conforme manifiesta el reclamante, los daños se produjeron "con motivo de la realización de las obras [de referencia, cuando] un camión de la empresa T. que las lleva a efecto volcó cayendo en la finca referida, causando" los daños por los que se reclama. Existía, pues, relación contractual administrativa entre la referida empresa y la Consejería de Agricultura, en ejecución precisamente de obras incluidas en el Plan de Obras y Mejoras Territoriales dependiente de la expresada Consejería; relación que se rige por su legislación específica -que es la contractual del Estado- que contiene previsiones específicas reguladoras de la responsabilidad que se genere por daños ocasionados a terceros con ocasión de la ejecución de las obras objeto del contrato; responsabilidad de carácter singular y específico que debe ser la exigible antes que la genéricamente considerada en la LRJAP-PAC.

En suma, sin perjuicio de las previsiones de necesaria aplicación resultantes de las normas específicas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, debe tenerse en cuenta, fundamentalmente, en cuanto a la imputación de la misma, la ordenación específica de la responsabilidad contractual en los términos que resulta de la Ley y Reglamento de Contratos del Estado, como

por otra parte informó el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, sin que lo informado haya sido asumido por la Propuesta de Orden culminatoria del expediente.

En efecto, el art. 132 RCE dispone que la ejecución de los contratos se realizará a riesgo y ventura del contratista, lo que tiene el efecto de que el mayor beneficio o perjuicio ocasionado durante la ejecución de las obras no puede ser repercutido a la Administración contratante de las mismas, siendo sólo indemnizado en los supuestos de fuerza mayor que identifica el expresado precepto; entre ellos, "los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras o que directamente las afecten", supuesto que pudiera ser aplicable al expediente que estamos considerando; aunque debe resaltarse que el contratista no utilizó la vía que permite el art. 133 RCE, conforme al cual si estimare la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el art. 132 RCE, lo deberá poner de manifiesto al facultativo director de las obras en el plazo de veinte días a contar desde la fecha final del acontecimiento, incoándose en consecuencia el correspondiente expediente que concluiría con la determinación de la relación de causalidad entre el evento y los daños y, en su caso, con la procedencia o no de la indemnización; lo que, como se ha expresado, no fue alegado en ningún momento por el contratista.

Además del supuesto expresado, el art. 134 RCE manifiesta expresamente que será de cuenta del contratista "indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras", salvo que los mismos fueran consecuencia mediata y directa de orden de la Administración o de vicios del proyecto; debiéndose las reclamaciones de los terceros presentarse ante el órgano de contratación que decidirá, "oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable". Sin embargo, el expediente ha sido tramitado y concluido al amparo, exclusivamente, de la legislación reguladora de la genérica responsabilidad administrativa, sin concretar en la parte dispositiva de la Propuesta de Orden ninguna de las cuestiones de necesaria referencia a que se refiere el RCE, aunque sí obra audiencia del contratista, que, en principio, es el responsable de los daños producidos y, consecuentemente, a él le debe ser imputable la responsabilidad dimanante de los hechos, en la cuantía que determine la Administración, de lo que debe quedar expresa constancia en la parte dispositiva de la Orden resolutoria del expediente que consideramos.

IV

Por lo que respecta al cumplimiento del plazo de prescripción de un año, a contar de la producción del hecho o del acto que motiva la indemnización, debe significarse que, conforme resulta del escrito de reclamación, de 17 de diciembre de 1993 y entrada en el Registro de la Consejería de Agricultura y Pesca el 21 del mismo mes y año, los hechos ocurrieron "en septiembre del año pasado", de lo que se infiere que la incoación del correspondiente procedimiento indemnizatorio ha acontecido, por acto propio del reclamante, más allá del plazo prescriptivo dispuesto por la legislación aplicable, lo que daría a entender que la reclamación de indemnización ha sido formulada extemporáneamente. Ahora bien, conforme resulta de las actuaciones, el reclamante, con fecha 24 de septiembre de 1992, puso los hechos en conocimiento del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, lo que reiteró el 29 de octubre del mismo año ante la Guardia Civil, que instruyó las correspondientes diligencias, de las que se hizo entrega en igual fecha al Juzgado de Instrucción nº 3, que instruyó asimismo las pertinentes diligencias, que, finalmente, fueron archivadas mediante auto de 31 de marzo de 1994, auto que tuvo entrada en la Consejería de Obras Públicas el 12 de abril del mismo año. Con tales antecedentes, la adecuada interpretación del instituto prescriptivo (art. 1.973 del Código Civil) obliga a concluir que el año de plazo con que se contaba inicialmente se interrumpió con el inicio de las actuaciones judiciales, reanudándose el tracto una vez que tales actuaciones fueron archivadas, con lo que, consecuentemente, debe entenderse cumplimentado adecuadamente el expresado requisito temporal.

V

Los hechos, motivados con ocasión de la ejecución de las obras de referencia, ocurrieron cuando en un día indeterminado del mes de septiembre de 1992, "un camión de la empresa constructora T. (...) volcó cayendo en la finca referida causando los siguientes desperfectos: rotura del muro que separa la finca del camino en construcción, 5 m. de la finca también han quedado dañados, así como 29 vides nuevas, 10 m. de tubos de emparralar y 15 m del tubo por el que pasa el agua de riego. Que, a pesar de haberse reconstruido el muro dañado por la empresa constructora, éste no se ha levantado respetando la altura que tenía antes de los desperfectos, sino que se ha hecho al mismo nivel que el camino, con lo cual la finca se encuentra desprotegida para el caso de lluvias". Tales extremos fueron reiterados,

como se dijo, ante el Ayuntamiento de Granadilla de Abona -que no efectuó ningún tipo de diligencia pese a que le fue solicitado por el reclamante- y en comparecencia ante la Guardia Civil, que realizó diligencia de inspección ocular el 29 de octubre de 1992, constatándose que "junto a las parras se ha cavado un surco rompiendo las raíces de 11 parras. En la finca que la sigue, se ve que hay 14 parras arrancadas y tiradas sobre la tierra, que se ha cavado; que se han arrancado 10 tubos de emparralar de una pulgada y que 3 parras han desaparecido de su lugar. El tubo por el que pasa el agua de riego también ha sido cortado y arrancado, siendo unos 15 m de tubo el dañado, tirado en el medio de la finca. Teniendo parte de la finca unos 5 m destrozados por haber caído en la misma un camión".

No obstante lo expresado, en escrito de 31 de enero de 1994, la empresa constructora manifiesta que "los desperfectos ocasionados consistieron en 7 parras (...) y la recolocación de los anclajes" de las mismas, además de la caída del indicado muro que fue reconstruido "inmediatamente" tras el derrumbe. Esta última apreciación de los daños producidos fue finalmente asumida por la Propuesta de Orden, que asumió asimismo la valoración efectuada de los daños por la empresa, no valorándose la diligencia de inspección ocular efectuada por la Guardia Civil tras los hechos, interpretando el tenor del documento que la refleja de una forma sesgada, con el agravante de que por los servicios de la Consejería afectada no se realizó acto de instrucción alguno para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos pertinentes, como por otra parte exigen los arts. 78 LRJAP-PAC y, más específicamente, 7 del RPAPRP.

Por lo que a la cuestión que estamos considerando atañe, la Administración no puede, sin más, dar preferencia a la apreciación que de los hechos haya realizado la empresa causante de los daños, anteponiéndola a la apreciación inicial efectuada por la Guardia Civil después del accidente, sustancialmente coincidiendo tal apreciación con la valoración de los daños que el reclamante hizo constar en su escrito de reclamación. Por ello, debe entenderse que, en principio, los daños producidos fueron 28 vides, 10 tubos de emparralar, 15 m de tubo de conducción de agua y 5 m de muro de la finca.

Además de tales daños directos, debe hacerse constar que el reclamante manifestó en su escrito de reclamación la imperfecta reconstrucción del muro, toda

vez que lo fue a ras del camino, no respetando la altura que tenía antes de los desperfectos, con lo que la finca se encuentra desprotegida ante la eventualidad de lluvias; escrito en el que el reclamante hace constar que "no ha cesado de hacer gestiones con el fin de obtener la reparación adecuada". Complementariamente, en el trámite de alegaciones, reitera la apreciación de los daños anteriormente efectuada, manifestando, además, que el muro no se reparó con piedra viva de forma artesanal (que era como se había hecho) y que "no ha podido cultivar sus tierras al encontrarse la tubería del riego inservible para su uso".

Pues bien, respecto de lo expresado, la Propuesta de Orden manifiesta que ciertos daños (retirada de materiales derribados; reconstrucción artesanal de la pared derruida e imposibilidad de cultivar por encontrarse inservible la tubería de riego) no son asumibles pues "no se pusieron de manifiesto ni en la solicitud, ni con anterioridad al trámite de audiencia", razón por la que tal alegación debe ser desestimada de conformidad con lo dispuesto en el art. 79.1 de la LRJAP-PAC; en tanto que por lo que atañe a la altura del muro en relación con el perfil de la calzada se significa que, según informó el Jefe de la Sección de obras y equipamiento rural, el muro "se levantó respetando la altura existente; por otra parte, de la documentación aportada por el recurrente no se puede deducir con claridad la altura anterior, sin que presente ni haya pedido otro tipo de pruebas sobre tal aspecto".

La Propuesta de Orden interpreta restrictivamente -en perjuicio de los intereses del reclamante -el alcance del art. 79.1 de la LRJAP-PAC, conforme al cual "los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio", eventualidad de la que la Propuesta de Orden deduce la imposibilidad de efectuar alegaciones y aportar documentación con posterioridad a tal trámite; concretamente, en el trámite de audiencia preceptiva regulado en el art. 84 LRJAP-PAC, según el cual "instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución los interesados (...) podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinente" (apartados 1 y 2 art. cit.). Es decir, el art. 79.1 LRJAP-PAC no proscribe que en el trámite de vista y audiencia se puedan efectuar alegaciones complementarias por el reclamante. El fin de la norma es justamente el contrario; que los interesados en los procedimientos administrativos puedan efectuar alegaciones no sólo en el trámite de vista y audiencia -efectivamente, último trámite en el que pueden evacuarse alegaciones- sino en

cualquier momento anterior del procedimiento incoado. Y es lo cierto que, desde el principio, el reclamante manifestó su disconformidad no sólo con la valoración de los daños, sino también respecto de la forma en que se había reparado el muro, concretamente que lo fue a nivel de la rasante de la vía, observación que complementa, posteriormente, en fase de vista y audiencia, al manifestar que el muro no tiene la configuración original, toda vez que es de hormigón y no ha sido vestido con la piedra viva con la que fue construido.

En relación con lo manifestado, como se ha indicado, obra en las actuaciones un informe del jefe de Sección de obras y equipamiento rural, de 3 de marzo de 1994, del que resulta que el muro "se levantó respetando la altura existente", sin que conste que tal afirmación se fundamente en la previa comprobación del lugar, pareciendo más bien ser la opinión de la empresa ejecutora de las obras de reconstrucción del muro. Dicho esto, en principio, la reconstrucción del muro repara el daño producido por su derrumbe, sin que con ocasión de tal reconstrucción se deban o tengan que corregir los existentes con anterioridad a su derrumbe, como podía ser, efectivamente, que el muro estuviera desde el principio a ras de la vía. Debe, pues, comprobarse tal circunstancia comparando el trazado del muro reconstruido con el tramo que le precede y el tramo que le sucede. En tal eventualidad, una prudente medida de administración sería intentar corregir tal circunstancia, a los efectos de prevenir daños futuros, pero bien entendido que el cumplimiento de tal medida no sería consecuencia de las obras ejecutadas, pues no se puede anticipar daños futuros a los efectos de ser subsanados en estos momentos. De acontecer, daría lugar a la incoación de un nuevo expediente de responsabilidad patrimonial, aunque, como se ha dicho, de comprobarse que el muro ha sido mal delineado debiera subsanarse en estos momentos tal deficiencia en orden a prevenir riesgos y daños futuros.

En relación con la naturaleza y configuración del expresado muro, del expediente parece ser que el muro de la finca es, simultáneamente, muro de contención soporte de la vía. Cumple, así, una doble finalidad; como elemento estructural de seguridad de la carretera y como lindero entre la finca particular y la vía pública de que se trata. Se desconoce, ciertamente, quien construyó el muro, que en cualquier caso precedió a las obras de pavimentación de la carretera. Lo que sí consta es que por el peso de un camión de la contrata el muro cedió cayendo a la finca colindante. La

reparación integral del daño producido a terceros -que conlleva la necesidad de restituir, de ser posible, los bienes dañados a su estado original- exigiría la reconstrucción del muro con el material original; es decir, mampostería seca y revestimiento exterior de piedra viva artesanal. Se repararían, así, los daños sufridos por el muro, pero sufriría la seguridad vial al reconstruirse con consistencia dudosa, pudiendo ser por ello en el futuro fuente posible de nuevos riesgos y daños, no sólo para terceros usuarios de la vía, sino también para el titular de la finca perjudicada. Por ello, nada hay que objetar -más bien, al contrario- que el muro haya sido reconstruido en hormigón, medida de la que se beneficia incluso el titular de la finca colindante, cuyo derecho a ser debidamente compensado e indemnizado debe conectarse con las exigencias derivadas del adecuado funcionamiento del servicio público de carreteras. Para concluir, si el muro fue desde su origen un muro de contención de la vía pública que en él se sustenta, muro que tiene el efecto de servir de límite con la finca contigua, la Administración cumple, por lo que al tercero atañe, con la reconstrucción del muro en el mismo lugar en el que el anterior se hallaba construido, pero no tiene obligación de incluir en la indemnización a abonar el revestimiento del muro indicado, salvo que se sienta especialmente obligada por elementales razones de estética, que en cualquier caso no pueden ser objeto de consideración en el expediente de referencia; o que el reclamante acredite que el muro fue construido por él.

VI

Finalmente, por lo que atañe a la valoración del daño causado y a la cuantía y modo de indemnización, la Propuesta de Orden, como se dijo, que reconoce la responsabilidad administrativa de la Comunidad, valora los daños producidos (7 parras y su antena de apoyo) en 38.000 ptas., asumiendo en sus propios términos la valoración efectuada por la contrata en escrito de fecha 31 de enero de 1994, sobre la base, por otra parte, de que el reclamante no efectuó valoración singularizada al respecto, pues en su escrito inicial sólo efectuó una valoración alzada de 1.128.905 ptas. Al respecto, debe manifestarse que el reclamante alegó su situación de insolvencia económica -de lo que queda constancia en las actuaciones- a los efectos de obtener el beneficio de justicia gratuita, utilizando los servicios técnicos de un profesional letrado perteneciente al turno de oficio, siendo sus únicos rendimientos permanentes, al parecer, los provenientes de una pensión ciertamente no cuantiosa. Tal circunstancia determinó que el reclamante no procediera a la reparación de los

daños producidos a los efectos de su posterior repercusión, con la fehaciencia que se deriva de las facturas originales libradas, a la Administración autonómica. Tal situación, sin embargo, no puede ser esgrimida por la Administración a los efectos de no incluir en la indemnización que proceda cantidades correspondientes a conceptos no evaluados específicamente por el reclamante. Pero es más. Como anteriormente se indicó, la Administración parte de la valoración efectuada por la contrata, valorando cada parra en 4.000 ptas. y en concepto de recolocación de anclajes 10.000 ptas. más, sin contener extremo alguno relativo a la reposición de la tubería de agua. Como quedó expresado, no fueron 7 las parras efectivamente dañadas, sino 28. Por lo que respecta a su valor, se desconoce si las parras estaban en producción, lo que parece deducirse toda vez que en la comparecencia del reclamante ante la Guardia Civil manifestó que las vides rotas "estaban con sus frutos", debiendo valorarse convenientemente el valor de cada parra por la Consejería de Agricultura, incoadora del expediente de referencia. En igual medida, debe valorarse por los servicios técnicos de la Consejería el costo de reposición de los emparrados y de la tubería de aguas, definitivamente instalada. Finalmente, no es indemnizable el tiempo no ha podido cultivar la finca por falta de riego, salvo que se acredite que tal falta de riego ha producido un perjuicio independiente (pérdida o disminución de cosecha, etc.) lo que no ha quedado acreditado debidamente en las actuaciones y que, en su caso, podría dar lugar a la incoación de un nuevo expediente por responsabilidad, no siendo este el momento de proceder a considerar su pertinencia.

CONCLUSIONES

1. La propuesta de Orden sometida a Dictamen de este Consejo no es conforme a Derecho, en cuanto atribuye la responsabilidad patrimonial a la Administración y no a la empresa ejecutora de las obras causante de los daños.

2. Los perjuicios ocasionados al reclamante no han sido causados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración ni de vicios del proyecto, siendo, en su consecuencia, responsabilidad del contratista, la cual ha de ser exigida de conformidad con las previsiones del artículo 134 del Reglamento de Contratación del Estado.

3. En todo caso, habrán de tenerse en cuenta las observaciones formuladas en el cuerpo del presente Dictamen relativas a la legitimación del reclamante (titularidad de las dos fincas dañadas); restitución de la cosa dañada a su estado original; y valoración de los daños.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. FRANCISCO PLATA MEDINA AL EXPEDIENTE 34/1994, ACERCA DE LA POSIBLE EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ESTA ADMINISTRACIÓN A FAVOR DE J.Q.T., POR LA OBRA DE "ACONDICIONAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DEL CAMINO GAVACHO Y TAMAL DE YACO", CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 45/1994 ID.

I N T R O D U C C I Ó N

I.- SOLICITUD DE DICTAMEN AL CONSEJO.

El presente Dictamen ha sido solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias según acuerdo de la Mesa del Parlamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.b) de la Ley 4/84, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

II.- OBJETO DEL DICTAMEN.

El objeto del dictamen en los términos solicitados por el Parlamento de Canarias debe constreñirse a analizar las siguientes cuestiones:

1ª Si la delimitación que hace el artículo 2 de la LAC del sector público sometido a la fiscalización de la Audiencia de Cuentas abarca también la gestión económica, financiera y contable de la Mesa del Parlamento.

2ª Si el personal que asiste a la Mesa de la Cámara en dicha gestión se encuentra incurso en las causas de inelegibilidad del artículo 22 de la LAC.

III.- CARACTER DEL DICTAMEN

El Dictamen solicitado tiene el doble carácter de facultativo en los términos señalados en el artículo 3 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de

Canarias y de no vinculante según preceptúa el tenor literal del inciso 2 del propio artículo 3 de la citada Ley.

De conformidad con dicho doble carácter el dictamen no es sino un instrumento cuya finalidad es aportar información al Parlamento de Canarias para, en su caso, adoptar la decisión que proceda respecto a eventuales situaciones futuras que pudieran plantearse con los condicionantes sobre los que el Parlamento ha suscitado el presente Dictamen.

IV. VOTO PARTICULAR.

El presente Voto Particular se formula por el Consejero firmante de conformidad con las previsiones contenidas al efecto en el artículo 52 del Decreto 464/1985, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de Canarias.

CONTENIDO DEL VOTO PARTICULAR

Como quiera que la discrepancia del Consejero que suscribe sobre el contenido del Dictamen que constriñe al sentido del dictamen respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, lógicamente el voto particular ha de referirse exclusivamente a la tesis que se sostiene por este Consejero respecto a dicha cuestión y que será explicitada sucintamente.

En efecto, la primera conclusión del Dictamen, correlativa con la primera de las cuestiones planteadas por el Parlamento de Canarias, con la que este Consejero muestra su plena conformidad señala literalmente que:

"La delimitación del sector público que traza el artículo LAC no comprende al Parlamento de Canarias, ni por ende, a su órgano rector, la Mesa, ni al aparato administrativo a su servicio".

Sin embargo, este Consejero quiere manifestar su absoluta discrepancia con la segunda conclusión del Dictamen correlativa asimismo con la segunda de las cuestiones planteadas por el Parlamento la cual se pronuncia en los siguientes términos:

"De conformidad con lo razonado en el Fundamento III, la primera de las causas de inelegibilidad delineadas por el artículo 22 LAC concierne al personal que asiste a la Mesa de la Cámara en la gestión económica, financiera y contable".

1. CUESTIÓN PLANTEADA.

Si el personal que asiste a la Mesa de la Cámara en dicha gestión económica, financiera y contable se encuentra incurso en las causas de inelegibilidad del artículo 22 de la LAC.

En contra de lo expresado en el contenido del Dictamen antes señalado, entiendo que la respuesta conforme a Derecho de la misma no puede ser otra que la negativa y ello por las siguientes razones.

A.-INTERPRETACIÓN DE LA NORMA APLICABLE EN SUS PROPIOS TÉRMINOS.

El artículo 3 del Código Civil precisa que: " Las normas se interpretarán según el **sentido propio de sus palabras**, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al **espíritu y finalidad de aquéllas**".

El artículo 2 de la Ley de Audiencias de Cuentas de Canarias señala que "A los efectos de esta Ley, el sector público de la Comunidad Autónoma está integrado por (...) y establece a continuación la delimitación del sector público de Canarias, el cual como acertadamente señala el Dictamen no comprende al Parlamento de Canarias, ni por ende, a su órgano rector, la Mesa, ni al aparato administrativo a su servicio.

Por su parte, el artículo 22 de la propia Ley relativo a las causas de inelegibilidad de los Auditores de la Audiencia precisa que:

"No podrán ser designados Auditores quienes en los dos años inmediatamente anteriores hayan tenido a su cargo la gestión, inspección o intervención de los ingresos y gastos del sector público de Canarias (...)"

Resulta determinante para saber si estamos a presencia o no de la causa de inelegibilidad a que hace referencia dicho precepto que las personas aspirantes a ser designadas Auditores no hayan desempeñado tales funciones en el sector público de Canarias. Ahora bien, la respuesta a la interrogante de que sea el sector público de Canarias ya la ha dado el propio legislador al precisar en un artículo 2 de forma clara

y terminante que es el sector público a los efectos de esta Ley. En su consecuencia cada vez que en el propio texto normativo se hace referencia al sector público no puede utilizarse otra acepción del mismo que la que ha querido el legislador, acepción ésta que ha de referirse necesariamente a la Ley en su conjunto por expreso mandato del legislador. Esta interpretación que se acomoda plenamente a las previsiones del artículo 3 del Código civil llevaría a la conclusión de que el personal de la Mesa del Parlamento en la medida que la misma no está comprendida en el sector público de Canarias, no estaría afectado por la causa de inelegibilidad señalada en el artículo 22 de la LAC y en su consecuencia la primera de las causas de inelegibilidad delimitadas por el artículo 22 LAC no concierne al personal que asiste a la Mesa de la Cámara en la gestión económica, financiera y contable.

B.-INTERPRETACIÓN ATENDIENDO AL ESPIRITU Y FINALIDAD DE PRECEPTOS.

A idéntica conclusión se llega si se analiza el espíritu y finalidad que persigue el precepto al referirse a las causas de inelegibilidad de los Auditores. Finalidad ésta que no es otra que salvaguardar la imparcialidad e independencia de los Auditores por lógica aplicación del principio de que nadie puede ser Juez y parte.

Ahora bien, si del análisis que se hace referencia en el Dictamen ha quedado perfectamente claro que la actividad de la Audiencia de Cuentas en ningún caso puede proyectarse sobre la actuación del propio Parlamento ni de los órganos de él dependientes, en ningún caso podrían producirse el supuesto hecho cuya eventualidad pretende evitar la norma comentada, esto es, ninguna de las actuaciones llevadas a cabo por el personal que asiste a la Mesa de la Cámara, podrían caer dentro de la órbita de actividad de la Audiencia de cuentas ni de ninguno de sus Auditores, en cuanto que, como se ha repetido hasta la saciedad, tal actividad no se encuentra incluida dentro del sector público de Canarias ni en su consecuencia podría verse comprometida la independencia o imparcialidad de ninguno de sus miembros.

Pero es que, incluso llevando la hipótesis a sus últimas consecuencias, para aquellos supuestos en que pudiera verse comprometida la imparcialidad o independencia del Auditor el ordenamiento jurídico establece los mecanismos de abstención y recusación que tratan de salvaguardar la misma sin suponer una drástica limitación del derecho de acceso a cargos públicos.

C.-DERECHO DE ACESO A EMPLEO Y CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.

El artículo 23.2 de la Constitución Española se refiere al derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Este derecho constitucional de acceso a los cargos públicos que ha sido interpretado en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional como la número 5/1983, de 4 de febrero, 10/1983, de 21 de febrero; 67/1989, de 18 de abril; 237/1990, de 15 de febrero y 36/1990, de 1 de marzo, podría verse vulnerado a juicio del que suscribe con la interpretación restrictiva y limitativa de derechos que se hace en el texto del dictamen.

2. SENTIDO DEL VOTO PARTICULAR.

Por las razones anteriormente señaladas el sentido del presente voto particular no puede ser otro que concluir que tanto la interpretación literal, como la finalista del artículo 22 de la LAC comentado, como la adecuada inteligencia del derecho constitucional de acceso a los cargos públicos tutelado por el artículo 23.2 de la Constitución nos llevan a considerar que el personal de la Mesa del Parlamento en la medida que la misma no está comprendida en el sector público de Canarias, no estaría afectado por la causa de inelegibilidad señalada en el artículo 22 de la LAC y en su consecuencia la primera de las causas de inelegibilidad delimitadas por el mismo no concierne al personal que asiste a la Mesa de la Cámara en la gestión económica, financiera y contable.